

# Mecanismos Legales para Fomentar la Competencia en los Servicios Públicos en el Perú

Rolando Salvatierra Combina\*

*“Mediante una explicación muy completa y detallada, el autor desarrolla los mecanismos legales que se han utilizado en el controversial proceso de privatización que se dio en nuestro país a inicios de la década del 90.”*

## 1. Introducción al Tema

El término “privatización” es un término muy común en el Perú desde hace 14 años, en algunas personas causa mucho malestar, sino preguntémosle a nuestros amigos arequipeños, qué sintieron y qué hicieron cuando el Gobierno Central privatizó las generadoras eléctricas EGASA y EGESUR. En otras esferas, por el contrario, se entiende que la privatización es necesaria para el desarrollo del país, ya que el Estado no cuenta con los recursos económicos ni logísticos necesarios para construir infraestructuras, como carreteras, puertos o aeropuertos, prestar servicios públicos y explotar recursos naturales, entre otros; como diría Gaspar Ariño<sup>1</sup>, el término “privatización” ha sido en estos años una palabra mágica que encarnaba en sí misma una transformación profunda en el modelo de Estado.

El estudio de la privatización en el Perú y sobre todo la de servicios públicos, por lo general se ha realizado desde una perspectiva económica y estadística; sin embargo no se han tomado en cuenta los mecanismos legales que se han utilizado para que ésta se realice, lo que muchas veces nos lleva a confusión sobre los mecanismos utilizados, por ejemplo una concesión es un mecanismo de privatización? es el único mecanismo?, es el más utilizado en las privatizaciones realizadas? Todas las concesiones son iguales?, cuál es la normativa aplicable, se rigen por las normas comunes a la contratación administrativa? en todos los casos es la misma?, entonces como vemos existen una serie de dudas que ameritan despejarse; por tal motivo el presente ensayo tiene

por objeto analizar y explicar los distintos mecanismos legales que se han utilizado en la privatización de las empresas de servicios públicos y de los proyectos de infraestructura para servicios públicos en los últimos 14 años en el Perú, aspecto importante y relacionado directamente con el proceso de Reforma del Estado que vive nuestro país desde inicios de la década del 90.

## 2. Antecedentes

### 2.1. Contexto de la Privatización

En el Perú se emprendió durante la primera mitad de los años noventa un profundo proceso de reformas estructurales, especialmente en el campo económico, tributario, comercial, laboral y financiero. Este proceso de reformas estructurales estuvo directamente asociado con la redefinición del papel del Estado en la economía, dejándose de lado la idea de un Estado planificador, interventor, gestor, inversionista, controlador y empresario, y adoptándose una concepción en la que el Estado debía tener un rol subsidiario en la economía, preocupándose principalmente en ser proveedor de infraestructura básica, regulador del mercado y promotor de las inversiones y de la competencia.

Esta nueva definición implicó también una concepción del tamaño del Estado así como la determinación de las instituciones que éste debía contener, es decir el marco institucional del sector público. En este sentido, a comienzos de la década de los noventa se dio inicio no sólo al proceso de desregulación de la economía y

\* Profesor de Derecho Administrativo de la PUCP.

1 La Liberalización de los servicios públicos en Europa, hacia un nuevo modelo de Regulación para la Competencia – Servicios públicos, Regulación y Renegociación– Juan Carlos Cassagne, Gaspar Ariño Ortiz.

privatización de empresas estatales, sino que también se emprendió un proceso de racionalización del gasto público, reduciéndose el número de entidades y personal del sector público.

En cuanto al proceso de privatización, debemos señalar que es un proceso complementario de toda la Reforma<sup>2</sup> y se inició como un proceso temporal, principalmente enfocado a la venta de empresas públicas de servicios públicos; sin embargo posteriormente modificó su esquema para convertir a la privatización en un proceso permanente, dirigido a promover la inversión privada mediante la concesión de proyectos para crear nueva infraestructura de servicios públicos o mejorar la existente como agua y desagüe, gas natural, energía eléctrica, carreteras, puertos, aeropuertos y ferrocarriles.

Desde su inicio este proceso ha tenido altibajos, tuvo mucha fuerza durante los primeros años 90, con la venta de empresas públicas de servicios públicos para sufrir una restricción a partir de 1998, retomando su auge en los últimos años, teniendo programado para este año muchos proyectos sobre todo en infraestructura de saneamiento y de transportes. Todavía quedan en manos de empresas públicas la prestación de algunos servicios públicos y al respecto consideramos que deberían estar en manos del sector privado, pero con reglas distintas a las actuales, punto de vista que explicaremos posteriormente.

## 2.2. Redefinición del Rol del Estado

Considerando los objetivos que busca este fenómeno de modernización del Estado así como la enorme influencia que la Teoría Económica ha tenido sobre la Teoría Política, debemos señalar que lo que se busca es un Estado pequeño, cuyo papel se limite a proveer de infraestructura básica, a hacer cumplir la ley, mantener el orden y la defensa nacional, brindar salud y educación. Acorde con esta visión, el Estado debe otorgar seguridad jurídica, garantizando los derechos de propiedad, de empresa, de trabajo, la inviolabilidad de los contratos y proteger las libertades económicas y políticas de los ciudadanos. Dentro de este nuevo rol es importante que el Estado también realice una efectiva labor de supervisión, para que la regulación y los contratos se cumplan, sino todo quedaría en buenas intenciones.

En ese orden de ideas, el desempeño actual del Estado en la economía debe desarrollarse de dos formas:

**1. Como Autoridad:** Es decir, en ejercicio de su *Imperium*, el Estado participa directamente en la

sociedad regulando, supervisando y sancionando, normando, fiscalizando, otorgando concesiones, autorizaciones, solucionando controversias, entre otras. Es importante precisar que estos cambios en la intervención económica deben de ir aparejados con mayor participación en lo social.

**2. Como Agente Económico:** El Estado participa como un agente privado pero manteniendo en cierta medida su *Imperium* en cuanto tutela intereses públicos. Así tenemos a un Estado comprador, es decir que adquiere bienes, servicios y obras, o un Estado competidor que realiza actividad empresarial compitiendo en el mercado al brindar bienes o servicios, esta última actividad de manera subsidiaria, tal cual lo exige el artículo 60º de la Constitución.

Dentro de este nuevo rol que tiene el Estado, debemos destacar la implantación de determinadas técnicas que apuntan a reducir el intervencionismo estatal en la economía, la reestructuración del aparato estatal y las actividades que realiza dentro de la economía para fomentar la competencia y la competitividad, entre las que mencionamos a la desregulación, la desmonopolización, la descentralización, la privatización, la regulación económica de los servicios públicos y la simplificación administrativa.

## 2.3. Desregulación

La privatización no hubiera sido posible sino se enmarcaba dentro de reformas paralelas, entre ellas la desregulación, a la que podemos definir como un proceso mediante el cual se reduce la incidencia regulatoria económica de parte del Estado. Implica el desmantelamiento de las barreras de entrada a la competencia, a fin de colocar al mercado como factor de racionalización de las decisiones económicas<sup>3</sup>.

La desregulación tiene como correlato necesario la existencia de un mercado abierto a la competencia externa y un régimen "antitrust" o de defensa de la competencia que impida la formación de monopolios de hecho o el abuso de posiciones dominantes. Con la desregulación, se reemplazan normas ineficientes por aquellas que sí son eficientes dando mayor dinamismo al mercado y sobre todo a la competencia dentro de este mercado, evitando también el proteccionismo estatal. Es el paso de una excesiva regulación normativa a una regulación incentivadora del mercado. Este incentivo busca que el mercado sea quien provea los bienes y servicios demandados. En ese sentido, el Estado cambia de un Estado proveedor a un Estado garantizador de bienes y servicios.

<sup>2</sup> Complementaria en el sentido que no es el único proceso de la reforma iniciada, complementándose con otras acciones como son la desregulación, la desmonopolización, la regulación económica de servicios públicos, la descentralización, la simplificación administrativa.

<sup>3</sup> Como señala Gaspar Ariño con referencia a la relación privatización / desregulación – Los recientes procesos de privatización del sector público empresarial, entre ellos el español actualmente en curso, no se han llevado a cabo con la finalidad de obtener recursos financieros, sin que se contextualizan dentro de un propósito más amplio: la renuncia del Estado a su papel de agente directo de la actividad empresarial y una distinta concepción sobre su función ordenadora de las relaciones sociales y económicas. Esa renuncia a la idea del estado empresario, es una consecuencia mas –no la única– del nuevo modo con que los poderes públicos articulan la ordenación de la economía que se resume con la palabra "desregulación". De ahí que desregulación y privatización hayan podido manejarse como nociones intercambiables; sin embargo aunque correlacionadas son cosas distintas: Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados.- Gaspar Ariño Tomo 1.

Como ejemplos de la desregulación<sup>4</sup> podemos citar el retiro de los controles de precios, ya que desde el pan, la leche y el azúcar, hasta los combustibles, tenían precio controlado por el Estado, lo cual distorsionaba el mercado y desincentivaba el ingreso de nuevos agentes y por lo tanto la competencia; también se procedió a la eliminación de las barreras a la exportación, la eliminación de los monopolios legales a favor del Estado, la eliminación de las restricciones del capital privado en servicios públicos como electricidad y las telecomunicaciones, la liberalización del mercado de tierras agrarias, de tal manera que pudieran convivir distintas formas de propiedad y de empresa, ya que la reforma agraria había incluido muchos límites y restricciones a su desarrollo.

#### 2.4. Liberalización - Desmonopolización

Uno de los grandes problemas que tenía el Perú en esa época, era que la mayor parte de actividades económicas (por no decir todas), estaban en manos del Estado; lo que implicaba la existencia de un monopolio estatal que impedía que haya una oferta competitiva y por lo tanto que funcionara el mercado; todos nos acordamos de emblemáticas empresas públicas como CENTROMIN PERU, ECASA, ENCI, PESCA PERU, HIERRO PERU, AEROPERU, ELECTROLIMA, COMPAÑÍA PERUANA DE TELEFONOS, que eran los únicos que vendían el arroz, la leche, el pescado, los fertilizantes y nos brindaban los servicios públicos de luz y teléfono, etc.; empresas que en su momento colapsaron y no aportaron mucho al desarrollo del país. Por este motivo el gobierno de Fujimori, procedió a la desmonopolización de la economía, eliminando y prohibiendo los monopolios legales que tenía el Estado y liberalizando las barreras de acceso a los mercados, de tal manera que se fomentara el ingreso de empresarios privados en las actividades que antes eran reservadas al Estado y se fomente la competencia.

Es así que el 26 de marzo de 1991, se publicó en El Peruano el Decreto Supremo N° 067-91-EM; elevado al rango de Ley, por la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Legislativo 674, disponiendo entre otras cosas que:

1. Las empresas del Estado deben desarrollar sus actividades en competencia con las empresas del sector privado;
2. No ejercerán facultades normativas o de imperio propias de la administración pública, ni desarrollarán sus actividades en forma exclusiva o excluyente; en otras palabras no actuarán como autoridad emitiendo reglamento o actos administrativos.
3. Suspende disposiciones legales que reserven o concedan a determinadas empresas del Estado (ENCI, ECASA, RTP, ENATA, PESCAPERU, etc.) el

derecho de desarrollar una determinada actividad productiva comercializadora o de servicios en forma exclusiva o excluyente;

4. Suspende toda disposición legal que exonere de tributos a las empresas del Estado.

Posteriormente, la Constitución Política del año 1993 reafirma esta tesis y prohíbe el monopolio estatal e impone la subsidiariedad económica a la empresa pública, con lo que consolida la idea de reducir el aparato estatal, anular las actividades monopólicas del Estado y permitir el ingreso de inversión privada como eje de desarrollo. Como último punto de este tema, me pregunto si liberar es lo mismo que privatizar, la respuesta es no, son situaciones distintas; sin embargo están muy relacionadas entre sí, sobre todo en países donde ha existido un alto grado de intervencionismo estatal. Considero que la liberalización es una etapa previa y tiene por objeto eliminar las restricciones que impone el Estado, a las actividades económicas que eran prestadas en exclusiva por éste, permitiendo así el ingreso de privados al desarrollo de la actividad; por otro lado la privatización implica traspasar empresas, proyectos, actividades o derecho que son del Estado, para que sean operadas por los privados.

“Uno de los grandes problemas que tenía el Perú en esa época, era que la mayor parte de actividades económicas, estaban en manos del Estado; lo que implicaba la existencia de un monopolio estatal que impedía que haya una oferta competitiva y por lo tanto que funcionara el mercado.”

Podemos presentar algunos ejemplos que lo expliquen mejor: en el subsector eléctrico de acuerdo a la Ley General de Electricidad vigente hasta el mes de noviembre de 1992, el Estado a través de las empresas públicas era el único que podía desarrollar actividades de generación, transmisión y distribución; sin embargo, a través de la Ley de Concesiones Eléctricas – D. Ley N° 25844, se liberalizó el mercado eléctrico y se permitió que las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras puedan desarrollar actividades eléctricas en el territorio nacional<sup>5</sup>; paralelamente a esta liberalización se procedió a implementar un proceso paralelo que era

4 La desregulación se materializa en normas concretas como son los Decretos 651 –, D. Leg 662 –D. Leg 702 – Sector Telecomunicaciones. D. Leg 709 – Ley de Predios arrendados D. Leg. 727– Ley de Fomento Inversión privada. D. Leg 728 – Ley de Fomento al empleo D. Leg 750 – Promoción al sector pesquero D. Leg 757 D. Ley 25844.

5 Artículo 1° de la Ley de Concesiones Eléctricas – D. Ley 25844.

la privatización (venta de acciones) de las empresas públicas del subsector como ELECTROLIMA y algunas instalaciones de ELECTROPERU, regidas por el Decreto Legislativo N° 674. Desde 1992 hasta la fecha en el sector eléctrico han ingresado nuevas inversiones producto de privatizaciones; pero también, nuevas inversiones que no han participado en proceso de privatización alguno, como las centrales de generación de EDEGEL (Yanango-Chimay), la Central Térmica de Aguaytía, la Central a Carbón de ENERSUR, las nuevas centrales a gas natural de Chilca, entre otras. Como podemos observar la liberalización y la privatización son procesos paralelos y complementarios.

### 3. Privatización de Servicios Públicos e Infraestructura para estos servicios

Podemos encontrar varios significados de privatización<sup>6</sup>; sin embargo, entendemos la privatización como un proceso de naturaleza política, técnica, económica y jurídica mediante el cual el Estado transfiere al privado empresas públicas, proyectos, derechos, actividades económicas y sociales que antes les pertenecían, en muchos casos en calidad de monopolio legal. Este proceso implica una nueva concepción de la labor del Estado y permite a los privados servir como eje de desarrollo del país; si bien este concepto se implementó en el Perú a inicios de la década de los 90, a la fecha tiene plena vigencia y actualidad y está sujeta a una serie de cuestionamientos<sup>7</sup>. La privatización ha traído muchos dividendos económicos al país y modernidad; sin embargo, consideramos que en el mismo se han producido una serie de errores jurídicos, que han afectado el plano social<sup>8</sup>, además de ser un proceso inconcluso, pensamos también que el mismo debe mantenerse y perfeccionarse, porque consideramos que es el único medio, de que nuestro país salga del subdesarrollo.

En cuanto a la privatización de servicios públicos e infraestructura, debemos señalar que ha sido uno de los aspectos más importantes de la privatización y sin duda el que más sensibilidad ha tenido sobre la población, por eso su estudio merece especial atención y uno de los temas donde existen muchas dudas e incoherencias es en las modalidades utilizadas en el proceso de privatización de estos servicios públicos y ese es el tema que trataremos a continuación.

#### 3.1. Modalidades utilizadas en la Privatización de Servicios Públicos

En el contexto internacional la ola privatizadora comenzó a desarrollarse en la economía mundial a finales de los 70's e inicios de los 80's. En 1994 las ventas de activos públicos en el mundo entero alcanzaron alrededor de los 60 millones de dólares, principalmente en empresas que brindaban servicios públicos.

Finalmente, mencionaremos tres aspectos por los cuales la privatización es favorable:

1. Es determinante para el mejoramiento de la economía que no se logró mediante la intervención estatal.
2. Libera los mercados internos y las importaciones necesarias para garantizar la competencia y por ende, el crecimiento de las exportaciones.
3. Aumenta la eficacia y eficiencia de las empresas y servicios públicos, pues quedó comprobado que el sector privado en dichos ámbitos resulta más eficiente que el sector público.

La Constitución Política del Estado del año 1979, señala en su artículo 113° que el Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo; sin embargo, el año 1990 se pudo constatar que la Empresa Pública no había cumplido con esos objetivos constitucionales y muy por el contrario había servido para el deterioro y el fomento de la corrupción en el país; esta situación no es única del Perú, ya que en muchos países del mundo ocurrió situación similar<sup>9</sup>, por tal motivo cuando se inició este proceso de reformas de modernización del Estado, se tomó como uno de los puntos de partida, la privatización de empresas públicas y esto no fue ajeno al caso de los servicios públicos.

La privatización de servicios públicos e infraestructura en el Perú, atraviesa por dos momentos muy marcados, el primero, centrado principalmente en la privatización de empresas Públicas en actividad, como es el caso de Telefónica del Perú, Luz del Sur, EDELNOR y las Empresas Eléctricas Regionales, teniendo como base legal el Decreto Legislativo N° 674 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 010-92-PCM y el segundo

6 Según Gaspar Ariño tiene dos significados uno Político y Jurídico. Desde una perspectiva Política tiene doble significado: en primer lugar hay privatizaciones que se insertan en un proceso de cambio de la sociedad y de modelo de Estado, que son furor de un cambio de política y segundo, en un mecanismo técnico para conseguir dinero y obtener mayor eficiencia en la producción de bienes y servicios que tienden a la consecución de una mejora en la estructura industrial de un país. Desde el punto de vista jurídico el fenómeno privatizador tiene múltiples significados. De forma excesivamente amplia se alude a toda iniciativa pública que decide reducir la intervención pública y aumentar la eficiencia económica, abandonando lo público y recurriendo a lo "privado" en los diversos campos.

7 Actualmente alguno de los candidatos de mayor aceptación popular cuestiona este proceso y busca eliminarlo y por el contrario aplicar la concepción antigua del intervencionismo a ultranza.

8 Dentro del análisis tenemos que tener en cuenta que se produjeron muchos problemas relacionados al manejo de los fondos públicos obtenidos por la privatización.

9 Las tradicionales justificaciones de la gestión empresarial pública se habían demostrado falaces, ni los monopolios en la provisión de ciertos servicios públicos son tan "naturales" (son más bien legales) ni la empresa pública ha resultado ser la mejor forma para corregir las fallas del mercado (existen mecanismos más eficaces de fomento de regulación, fiscales y arancelarios) ni ha servido para promover la competencia, ni ha sido instrumento de redistribución de rentas, ni en fin, ha desarrollado con eficiencia finalidades de protección de empleo, desarrollo regional o protección de la Industria. Por otro lado la empresa pública ha acreditado algunos inmanentes a la institución, como son la: indefinición y falta de objetivos claros, a veces no existen y otras resultan contradictorias, la inevitable politización de su entorno, la movilidad e insuficiente capacidad profesionalidad de sus dirigentes, la descapitalización y alto endeudamiento en que frecuentemente incurre. (Gaspar Ariño – Ob. cit. página 12.)



el desarrollo de las telecomunicaciones: Ley N.º 26285–Ley que disponen la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia. Adicionalmente se promulgó el mencionado Decreto Legislativo N.º 674, que comentamos, por el cual se creó el marco legal para la privatización de empresas públicas, marco legal que sirvió para privatizar CPT y ENTEL.

El mes de junio de 1992, el proceso de privatización peruano incluyó a estas empresas, formándose para tal efecto un Comité Especial para la privatización del sector telecomunicaciones (CEPRI-Telecom); luego del respectivo concurso público<sup>12</sup>, la empresa Telefónica del Perú de capitales españoles se adjudicó la Buena Pro de este proceso de selección internacional, adquiriendo con ello el 60 % de las acciones de estas empresas y obteniendo la concesión del servicio público de telefonía fija local y servicios portadores.

¿Qué modalidad de Privatización se utilizó en este caso?, ¿seguro que fue una concesión o no?, acaso cada cierto tiempo no tenemos noticias en donde se cuestiona la mala concesión que se le ha otorgado a Telefónica, que nos agobia con la renta básica; inclusive existe una resolución del Tribunal Constitucional que resuelve una Acción de Inconstitucionalidad contra este contrato y la Ley que le otorga categoría de Contrato Ley<sup>13</sup>.

En realidad en la privatización se aplicó como modalidad la contraventa parcial de acciones<sup>14,15</sup>, para lo cual en los meses de febrero y abril de 1994, se suscribió un Contrato de compra venta de acciones entre la Corporación Nacional de Desarrollo el CONADE y TELEFONICA DEL PERU, mediante el cual Estado vendía un porcentaje considerable de acciones, que le trasladaban la propiedad y la gestión de la empresa pública a la empresa privada.

En el Anexo 7 del referido contrato, se incluyó el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Telefónico Público Local y el Servicio Telefónico de Larga Distancia Nacional e Internacional, contrato que fue suscrito entre el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y ENTEL PERU S.A. y establece la reglas en que se efectuará las prestación del servicio, entre las que tenemos los servicios concedidos en concesión, el plazo, el procedimiento de renovación, el período de concurrencia limitada, las obligaciones, régimen tarifario general, interconexión y numeración, reglas de competencia, entre otros.

Como podemos observar estamos ante dos contratos distintos, que se complementan y tienen naturaleza jurídica distinta, el primero de ellos tiene naturaleza civil y comercial e implica que se traslada la propiedad y gestión de la infraestructura de la empresa al privado, es decir el Estado mediante este contrato pierde la propiedad de estas empresas públicas<sup>16</sup> y el otro contrato que no está referido a la propiedad de la empresa, sino al desarrollo de la actividad de telefonía fija, portador y larga distancia, cuya naturaleza jurídica es de Contrato Ley<sup>17</sup>.

“Como podemos observar estamos ante dos contratos distintos, que se complementan y tienen naturaleza jurídica distinta, el primero de ellos tiene naturaleza civil y comercial (...) y el otro contrato que no está referido a la propiedad de la empresa, sino al desarrollo de la actividad de telefonía fija, portador y larga distancia, (...)”

Una pregunta que siempre me hago sobre este tema es, realmente era necesaria la existencia de dos contratos distintos o fue un error jurídico que no debe darse a futuro; la pregunta tiene relación directa con las consecuencias jurídicas que se producen con la existencia de estos dos contratos, me explico mejor, tenemos un contrato de concesión que permite operar a esa empresa por 20 años (ojo si no hay prórroga); que pasará vencido ese tiempo si no se le renueva la concesión a la misma empresa, esta tendría que vender sus acciones para que ingrese otro operador que solicite la concesión?. Por otro lado, el hecho de tener la propiedad de la empresa, le permitirá un mayor poder de negociación al momento de solicitar la prórroga de la concesión, situación difícil y poco práctica para el Estado Peruano, que en la realidad apunta a que la empresa titular de la concesión sea en forma indefinida la que brinde el servicio, con lo que la temporalidad de la concesión queda como un mero formalismo.

12 Artículo del Decreto Legislativo N.º 674 y artículo de su Reglamento.

13 EXP. N.º 005-2003-AI/TC, se ubica fácilmente en la página WEB del Tribunal Constitucional.

14 60% a Telefónica de España, 10 % para los trabajadores y 30% bajo el mecanismo de participación ciudadana.

15 El contrato de compra venta con todos su anexos se encuentra en la página web de PROINVERSION dentro de los procesos de privatización ya concluidos.

16 Considero que la pérdida de la propiedad de la empresa pública fue un situación que no se debió dar, por que hizo que este proceso de privatización que era necesario, pierda legitimidad ante la población, que sentía que perdía algo por lo cual muchas personas lucharon y sufrieron en algún momento.

17 Artículo 3º de la Ley 26285 – Artículo 3.- Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley. Artículo 62º de la Constitución Política del Estado.

Por otro lado, es importante comentar también que el referido contrato de concesión, es un Contrato Ley y como tal, implica que existe una igualdad jurídica entre los contratantes y que se rige por lo estipulado en el Código Civil, además otorga seguridades y garantías del contenido del contrato; lo cual desde mi humilde punto de vista es una barbaridad jurídica y atenta contra la doctrina de las concesiones; por cuanto los contratos de concesión son entendidos como contratos administrativos y nacen dentro de la doctrina del servicio público tradicional<sup>18</sup>, como el mecanismo administrativo utilizado por el Estado para permitir que empresas privadas brinden un servicio público y es administrativo por cuanto no existe igualdad entre las partes, ya que el Estado se reserva para sí determinadas prerrogativas<sup>19</sup> en caso el servicio público concesionado se brinde sin cumplir con las obligaciones impuestas.

Asimismo, el hecho de ser un Contrato Ley implica que el Estado otorga garantías y seguridades sobre el contenido del contrato, situación que no debe aplicarse a los contratos de concesión, toda vez que el Estado puede otorgar seguridades y garantías sobre lo que está dentro de su esfera jurídica, esto es tributos, aranceles, regímenes laborales y otros; sin embargo, no está dentro de su esfera jurídica otorgar seguridades y garantías sobre tarifas o condiciones de prestación del servicio, ya que esto pertenece a la esfera de los que pagan y utilizan el servicio que son los usuarios; por tanto el Estado no puede otorgar seguridad y garantía sobre una obligación que no la sume el Estado directamente. Este tema es muy delicado porque se desnaturaliza, en perjuicio de los usuarios, la razón de ser de los contratos de concesión.

### 3.2.2 Caso de la Privatización del Sector Eléctrico

El esquema de privatización-liberalización aplicado en el sector eléctrico, es muy parecido que en el sector de telecomunicaciones descrito; sin embargo, existen detalles en los cuales varían considerablemente la situación, tal como lo explicaremos a continuación.

Al igual que en el sector telecomunicaciones las empresas eléctricas también se encontraban en crisis, lo cual perjudicaba principalmente a los usuarios que cada vez eran menos y tenían peor servicio, por eso mediante el Decreto Ley N° 25844 – Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante LCE) y su Reglamento se modificó la estructura del sector eléctrico, se liberalizó el subsector permitiendo el ingreso de la inversión privada prohibida hasta ese entonces y se desintegraron las actividades de generación, transmisión y distribución para permitir el ingreso de la competencia, entre otras reformas;

asimismo, se procede a un proceso de privatizaciones de las empresas desintegradas.

En este caso hago la misma pregunta que anteriormente hice: ¿Cual es el mecanismo utilizado en la privatización de estas empresas?

Para responder esto primero tengo que comentar que la estatura empresarial del subsector eléctrico estaba encabezada por ELECTROPERU, como empresa holding de la propiedad de las acciones del Estado y que manejaba las principales centrales eléctricas del país y el sistema de transmisión y las empresas regionales de distribución empresas como eran ELECTROLIMA, HIDRANDINA (Trujillo), SEAL (Arequipa), ELECTRO SUR MEDIO (Ica, parte de Huancavelica y de Ayacucho) y otras doce empresas regionales.

Partiré comentando como se privatizo, que es una empresa que se privatizo en su totalidad Empresa Regional de Electricidad de Lima – ELECTROLIMA, señalando que de la cual salieron las empresas distribuidoras Luz del Sur, EDELNOR, EDECHANCAY y EDECAÑETE, la generadora EDEGEL y parte de la Transmisora ETECEN, actualmente todas están en manos privadas; sin embargo, no todas bajo el mismo mecanismo de privatización.

En el caso de las distribuidoras Luz del Sur y EDELNOR, EDECHANCAY y EDECAÑETE, la generadora EDEGEL, el mecanismo que se implementó fue muy parecido al de Telefónica del Perú, es decir fue la compra venta de acciones<sup>20</sup>, mediante la suscripción de sendos contratos de compra venta de acciones entre ELECTROLIMA y los representantes de los compradores<sup>21</sup>, cuya naturaleza jurídica como señalamos es civil mercantil<sup>22</sup>. Como vemos este contrato le entrega la propiedad de las empresas en la proporción al porcentaje de acciones, asimismo, también le otorga la gestión de la empresa.

Dentro de este contexto, la segunda pregunta que nos podemos hacer es, ¿cuál es entonces el papel que cumple la concesión en el sector eléctrico? y la respuesta es que la concesión tiene por la finalidad otorgar un título habilitante para que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que cumplen con todos los requisitos exigidos por la LCE, puedan desarrollar las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica; esta concesión la aprueba el Estado Peruano mediante Resolución Suprema sobre la base de la LCE.

La concesión del sector eléctrico tiene características distintas a la concesión de telecomunicaciones.

18 Ariño Ortiz, Gaspar. Principios de derecho público económico: modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Granada: Camanes 2004.

19 Prerrogativas denominadas cláusulas exorbitantes que permiten al Estado resolver, modificar e interpretar el contrato de manera unilateral.

20 Se vendieron el 60% de acciones a capitales Chilenos, 10% a los trabajadores y 30% modalidad de participación ciudadana

21 En el caso de Luz del Sur y EDECAÑETE – ONTARIO QUINTA, en el caso de EDELNOR y EDECHANCAY – ENERSIS CHILE y en el caso de EDEGEL– GENERANDES DE CHILE.

22 Si bien como contrato es de naturaleza civil, para la formación del mismo se siguen reglas de Derecho Público, principalmente relacionadas con el proceso de selección de los postores.

## 1. Opera el Silencio Administrativo Positivo, en el Procedimiento Administrativo

En el procedimiento administrativo establecido en la LCE para obtener la concesión, podemos observar que opera el SAP, sino se otorga en el plazo indicado, situación curiosa para el otorgamiento de una concesión. El artículo 28° de la LCE dispone que la solicitud de concesión que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 25° de la presente Ley, deberá resolverse en un plazo máximo de 90 días calendario contados a partir de la fecha de su presentación, de no resolverse en este plazo se dará por aprobada. La redacción de este artículo supone la existencia de un silencio administrativo positivo transcurrido el plazo de 90 días, lo cual implicaría que si la solicitud de concesión no se aprobada en ese plazo, se daría por aceptada.

En los años que tiene de vigencia la LCE existen muchas solicitudes que no han sido aprobadas dentro de ese plazo, pero ninguna ha sido aprobada por Silencio Administrativo Positivo, toda vez que en los hechos no se ha reconocido este derecho de los solicitantes por el Ministerio de Energía y Minas; sin embargo, hace aproximadamente un año la empresa COELVISA, denunció a la Dirección General de Electricidad (DGE) ante la Comisión de Acceso al mercado del INDECOPI, obteniendo como resultado que esta Comisión les da la razón y resuelva que la DGE tramite la concesión<sup>23</sup>.

Es importante mencionar que este artículo de la LCE, entra en contradicción con el inciso 1° del artículo 33° de la Ley N° 27444, que señala entre otras cosas, que "Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos: solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes"; ya que mediante una concesión de servicios públicos no se reconocen derechos preexistentes, como puede ser el caso de la licencia o permiso, sino que a partir de ella se otorgan los derechos de prestar el servicio público, razón por la cual éste derecho que es originariamente del Estado no pueden ser adquiridos por Silencio Administrativo Positivo.

## 2. Temporalidad

Otro tema cuestionable es el hecho que la concesión eléctrica sea otorgada por tiempo indefinido (Art. 21°-LCE), lo cual atenta contra una de las características principales de las concesiones, que es la temporalidad. En principio la característica principal de toda concesión es que sea temporal; ya que una concesión a perpetuidad atentaría con la razonable posibilidad de que con el avance del tiempo, con el cambio de costumbres, la tecnología surgiera la necesidad de introducir

modificaciones, alteraciones o incluso prescindir de determinada forma de concesión; además, al no haber plazo para que finalice el contrato, el Estado estaría impedido de buscar mayores y mejores alternativas para la satisfacción del servicio público. En la práctica el hecho de que sea indefinida evita que se puedan revisar las obligaciones de la concesionaria y no permitirá una renegociación de las condiciones del contrato. Por ejemplo, en Argentina que se ha utilizado este mismo esquema, las concesiones de distribución eléctrica de Buenos Aires fueron por 10 años, negociándose en condiciones favorables a los usuarios el año 2004, lo que inclusive produjo una sustancial rebaja de las tarifas.

## 3. Contrato Administrativo o Civil

Una de las grandes preguntas pendientes de respuesta es, ¿este contrato de concesión tiene naturaleza civil o administrativa, o es un Contrato Ley como el de Telefónica?. La respuesta pareciera muy fácil ya que de la lectura de estos contratos de concesión podemos observar en su cláusula 6.1, que textualmente señala que es un contrato administrativo; realmente a mí me sorprende mucho encontrar en un contrato estas características.

El contrato administrativo es una de las figuras jurídicas más estudiadas y cuestionadas dentro del Derecho Administrativo y desde mi posición es que muchas cosas que la teoría dice sobre tipo de contratos no se aplican en la práctica<sup>24</sup>. Esta figura trae problemas desde el nombre que debe tener, algunos lo denominan contrato de la administración, acuerdo administrativo o contratos administrativos y desde mi punto de vista no es sólo cuestión de términos, sino a las consecuencias jurídicas que puede darse de nombrarlo de una y de otra manera. Por ejemplo, en el Perú un contrato para la prestación de servicios a entidades públicas es administrativo o civil?, para mí es civil porque el propio contrato lo dice; sin embargo, su formación y ejecución se rige por normas de orden público, entonces no es un contrato administrativo, pero sí es un contrato de la administración. Considero también que contrato administrativo es un término más relacionado con las concesiones de prestación de servicios públicos y de infraestructura de servicios públicos.

No es objetivo de esta ponencia hacer una disertación compleja sobre lo que es el Contrato Administrativo; sin embargo, sí me gustaría preguntar ¿cuál es la diferencia práctica en que sea un contrato administrativo? ¿Por qué pusieron expresamente que se trata de un contrato administrativo? la respuesta podría ser por que lo suscribe una entidad del Estado<sup>25</sup>, porque a través de este contrato el estado está cumpliendo un fin público<sup>26</sup> que es permitir que un privado desarrolle la actividad

23 Exp N° 000088-2003-CAM

24 En realidad como operador jurídico de derecho Administrativo, las obligaciones entre el Estado y sus contratistas, nada se presume todo debe de estar escrito en una norma o en el propio contrato para que aplicable.

25 Teoría subjetiva por medio de la cual todo contrato en que participa una entidad del Estado es contrato administrativo.

26 Teoría Objetiva, por que el objetivo del contrato es satisfacer el interés público.



eléctrica, porque contiene cláusulas exorbitantes a favor del Estado que le otorgan prerrogativas especiales que le permiten aplicar su IUS VARIANDI y por último, es contrato administrativo por que sus efectos van más allá de las partes que lo suscriben<sup>27</sup>.

Considero que esta pregunta es bastante compleja, si queremos ver sus efectos jurídicos en la práctica, no las discusiones teóricas que muchas veces no sirven para nada. En nuestro marco legal, no existe norma que defina al contrato administrativo<sup>28</sup> y señale sus características y consecuencias jurídicas y que lo puedan diferenciar del contrato civil, lo cual nos obliga a remitirnos a la doctrina donde existen posiciones antagónicas al respecto.

En la doctrina existen las teorías que señalé, pero hay una en especial que brilla con luz propia, y es la Teoría de las Cláusulas Exorbitantes, lo cual amerita un análisis al respecto, primero preguntarnos ¿qué son las cláusulas exorbitantes? Para responder esta pregunta debemos remitirnos a la doctrina, y buscando encontré un artículo muy bueno de mi amigo Alejandro Pérez Hualde<sup>29</sup>, en él que hace un análisis extenso de estas prerrogativas de la Administración y que según Bercaitz son: "Aquellas demostrativas del carácter del Poder Público con que interviene la Administración en los contratos administrativos, colocándose en una forma de superioridad jurídica o invistiendo a los cocontratantes frente a los terceros, de atribuciones propias del Poder Público".

El mismo autor señala que son siete las prerrogativas de la Administración<sup>30</sup> se reserva en la suscripción de contratos administrativos, los cuales señalamos a continuación y vemos si se cumplen en la práctica: Continuidad, Ius Variandi, dirección y control, sanción, rescisión e interpretación del contrato.

En cuanto a la continuidad, es una prerrogativa que está más relacionada con las concesiones de servicios públicos, ya que apunta a que el Estado cuenta con la prerrogativa de exigir la prestación continua del servicio, sustentado en el bien público; en el caso del contrato de concesión que otorga el Ministerio de Energía y Minas, existe esta prerrogativa plasmada en la Cláusula Contrato de Concesión.

En cuanto al IUS VARIANDI, es el derecho o facultad de la Administración Pública de modificar unilateralmente las condiciones del contrato, con ciertos límites, para poder ejercer esta facultad el Estado debe estar expresamente

facultado para ello, ya sea mediante una norma o de acuerdo al propio contrato. No comparto la posición de alguna parte de la doctrina<sup>31</sup> en la existencia de cláusulas implícitas, en las que prácticamente se presume está facultad para poder modificar unilateralmente el contrato. En ese sentido, de la revisión del contrato de concesión materia de análisis vemos que no contiene ninguna cláusula de este tipo, por lo que el Ministerio de Energía y Minas, no podría modificar unilateralmente el contrato basándose en que es un contrato administrativo.

**“En cuanto al IUS VARIANDI, es el derecho o facultad de la Administración Pública de modificar unilateralmente las condiciones del contrato, con ciertos límites, para poder ejercer esta facultad el Estado debe estar expresamente facultado para ello (...)”**

Sobre la dirección y control, y sanción, ésta es una prerrogativa que se reserva el Estado para sí, sobre todo en servicios públicos basándose en el principio de titularidad estatal de los servicios públicos<sup>32</sup>. En nuestro ordenamiento esta prerrogativa la mantiene el Estado, basándose más que en el Contrato, en la Constitución y la ley<sup>33</sup>. Sin embargo, en el contrato de concesión materia de revisión existe una referencia expresa en la Cláusula 5.6, señalando que el encargado de la supervisión es OSINERG<sup>34</sup>.

Nos referimos ahora a la rescisión, como bien señala Pérez Hualde<sup>35</sup> una cosa es la sanción rescisoria y otra cosa es la facultad rescisoria, ambas extinguen la relación contractual, la primera se refiere a la pérdida de la concesión por haber incumplido las condiciones y obligaciones y no implica una indemnización en cambio, la facultad de rescindir en forma anticipada consistiría en una prerrogativa que la Administración goza en virtud de las cláusulas exorbitantes y sí amerita una indemnización. Sobre este tema tenemos que el artículo 36° de la LCE y

27 El contrato civil surte efecto sólo entre las partes que lo suscriben.

28 Considero saludable que el Estado emita una norma que dé pautas generales a todos los contratos del Estado.

29 Contratos Administrativos – Versión crítica – Alejandro Pérez Hualde-Contratos Administrativos – Ismael Farrando, pag 440.

30 Alejandro Pérez Hualde op cit. Pag. 447.

31 Alejandro Pérez Hualde op cit. Pag. 441.

32 Personalmente no comparto del todo la teoría de la titularidad estatal de los servicios públicos, sin embargo nuestra Constitución consagra esta Teoría y debemos aceptarla.

33 Principio de Legalidad y artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

34 OSINERG, es el organismo competente en supervisar y sancionar los incumplimientos del contrato.

35 Alejandro Pérez Hualde op cit. Pag. 454.

la Cláusula Décimo Segunda del contrato de concesión establece causales de caducidad que están concebidas ante el incumplimiento de la normas por lo que serían sanciones recisorias; por otro lado, no establece cláusulas exorbitantes que permitan resolver unilateralmente el contrato cambio de una indemnización. Realmente en nuestro medio los contratos de servicios públicos como este, no incluyen cláusula que permiten la resolución unilateral del contrato.

En conclusión, en el sector eléctrico el Estado cuenta con ciertas prerrogativas frente al concesionario; sin embargo, considero que no puede modificar, ni resolver unilateralmente el contrato porque no hay normas ni cláusulas explícitas en el contrato que lo faculten. Debemos precisar que este esquema de privatización (contrato de compra venta de acciones/ concesión) se utilizó en la privatización de ELECTROPERU y de las empresas regionales como ELECTRO SUR MEDIO y las empresas que actualmente pertenecen al grupo Distriluz.

### 3.2.3 Otras Modalidades de Privatización utilizadas en las Empresas del Sector Eléctrico

Si bien, como señalamos, la modalidad más utilizada en el proceso de privatización es la compra y venta de acciones, existe el caso de Sistema Principal de Transmisión Eléctrica que estaba a cargo de las empresas ETECEN y ETESUR, en el que no se utilizó el mecanismo de compra-venta, sino que ha sido el único caso, en que fue privatizado utilizando la figura de la concesión por treinta años. En este caso la ventaja para el Estado es que

no ha perdido la propiedad de la empresa, como si ha sucedido en el caso de Telefónica, Luz del Sur, EDELNOR y otras ya citadas<sup>36</sup>.

Este contrato de concesión fue suscrito entre el Ministerio de Energía y Minas y la empresa Red de Energía del Perú<sup>37</sup> – REP y también tiene algunas características especiales:

En primer lugar, es un Contrato-Ley, por cuanto lo señala el mismo contrato<sup>38</sup> y siendo así, tengo los mismos cuestionamientos que en el contrato de concesión de Telefónica del Perú, más aún si este contrato de Concesión establece un régimen tarifario distinto al establecido en la LCE, régimen sobre el cual el Estado otorga garantías y seguridades a pesar que no le corresponde a él asumirlo, por ejemplo, el pago de la tarifas que las paga el usuario.

En segundo lugar, en el caso de REP se sobreponen dos contratos de concesión, con distintas características lo cual desde todo punto de vista es ilógico, por un lado tenemos el contrato por el cual se le otorga la gestión de la Infraestructura de la ex empresa ETECEN y ETESUR, que es por un plazo de treinta años y cuya naturaleza jurídica es de un Contrato-Ley y el segundo contrato el otorgado por el Ministerio de Energía Minas para desarrollar las actividades de Transmisión Eléctrica, que es un contrato a plazo indefinido y cuya naturaleza jurídica es administrativa. Esta sobre posición ha traído algunos problemas en la práctica; motivo por el cual se debe evitar que nuevamente se produzcan situaciones como las descritas.

### EMPRESAS PRIVATIZADAS EN EL SUBSECTOR ELECTRICO

Año	Empresas	Consortio Ganador	% participación	Monto (US\$ mill)	MODALIDAD
1994	EDELNOR	INVERSIONES DISTRILIMA	60	176.49	C/v acciones
	LUZ DEL SUR	ONTARIO QUINTA	60	212.10	C/v acciones
1995	CAHUA	SIPESA	60	41.80	C/v acciones
	EDEGEL	GENERANDES Co	60	524.40	C/v acciones
	ETEVENSA (1)	CONSORCIO GENERALIMA	60	120.10	C/v acciones
	EDECHANCAY	INVERSIONES DISTRILIMA	60	10.40	C/v acciones
1996	EGENOR	INVERSIONES DOMINION	60	228.20	C/v acciones
	EDECAÑETE	LUZ DEL SUR S,A	100	8.60	C/v acciones
	EEPSA (2)	CONSORCIO ELECT. CABO BLANCO	60	59.67	C/v acciones
1997	ELECTRO SUR MEDIO	CONSORCIO HICA	98.2	51.28	C/v acciones
1998	ELECTRO NORTE	GRUPO GLORIA	30	22.10	C/v acciones
	ELECTRONOROESTE	GRUPO GLORIA	30	22.90	C/v acciones
	ELECTRO CENTRO	GRUPO GLORIA	30	32.70	C/v acciones
	HIDRANDINA	GRUPO GLORIA	30	67.90	C/v acciones
2001	ELECTROANDES	GRUPO PSEG	100	230	C/v acciones
2002	ETECEN-ETESUR	GRUPO ISA DE COLOMBIA	100	150	concesion
	EGASA-EGESUR	TRACTEBEL	100	140	C/v acciones

36 Personalmente consideramos que este es el único mecanismo que se debe utilizar en la privatización de las empresas de servicio público, porque permite al Estado mejorar la gestión de las empresas y la calidad y cobertura del servicio a los usuarios sin perder la propiedad de la empresa. Casos como el descrito se han repetido con éxito en la concesión de Tumbes como lo veremos más adelante.

37 Filial de la empresa Estatal Colombiana ISA

38 Lo señala expresamente la cláusula 2.1.

### 3.3. Segunda Etapa Privatización de Proyectos de Infraestructura

Esta segunda etapa que se inicia a partir del año 1996, ya no está basada en la privatización de empresas públicas, sino está orientada en crear nueva infraestructura y mejorar la existente, por tal motivo se da prioridad a la privatización de proyectos para la ejecución o mejora de infraestructura de servicios públicos, como son redes de transmisión eléctrica, ductos para gas natural, carreteras, puentes, aeropuertos y ferrocarriles.

Para tal efecto se promulgó el Decreto Legislativo N° 839 –Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, la misma que fue modificada en algunas oportunidades emitiéndose por eso el TUO de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos– D.S. N° 059-96-PCM<sup>39</sup>, que en su artículo 1°, declara de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

En esta etapa del trabajo nos volvemos a preguntar que mecanismo de privatización se utilizó en estos casos; la respuesta la encontramos en el artículo 2<sup>40</sup>, de la referida norma, que nos indica qué es la concesión, por lo que nos viene a la mente nuevamente lo que venimos comentando, y nos surge otra pregunta ¿esta concesión es igual a las dos concesiones ya estudiadas en el caso de Telefónica, EDELNOR, LUZ DEL SUR y REP y la respuesta es no, son concesiones distintas, está es una Concesión de Obra Pública, mecanismo legal que permite que el que adquiere la concesión, realice una obra pública nueva o mejore la existente, luego opere esa obra, se beneficie de sus frutos y luego de un cierto tiempo vuelva nuevamente a manos del Estado. Lo importante en este contrato es que la retribución al concesionario no la hace el Estado, sino se realiza a través de una tarifa o peaje que es pago por el usuario de la infraestructura<sup>41</sup>. Este contrato se diferencia del Contrato de Obra Pública en que la inversión y el pago de la obra la realiza una Institución Pública con sus propios recursos y financiamiento, siguiendo para tal efecto un proceso de selección de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Existen muchas definiciones y conceptos de lo que es un contrato de concesión de obra pública, sin embargo,

existe una definición<sup>42</sup> que nos puede servir para hacer algunos comentarios jurídicos sobre este tipo de concesión. La concesión es un contrato administrativo (es decir de Derecho Público), celebrado entre un Estado y un tercero (administrado generalmente) donde éste se obliga a realizar una obra, cuyo pago no le será efectuado directamente por el Estado sino por ciertos administrados.

Sobre el primer punto lo primero que nos podemos preguntar es: ¿es cierto que esta concesión es un contrato administrativo?, si es así qué lo diferencia en la práctica<sup>43</sup> de contratos que no son administrativos, por ejemplo civiles, mercantiles, contratos ley,

Sobre este punto ya hicimos un análisis parecido cuando tratamos lo relacionado a la concesión del sector eléctrico; sin embargo en ese caso el contrato expresamente señalaba que se trataba de un contrato administrativo, así que lo que vimos eran sus efectos prácticos, situación distinta de la actual en la que el contrato no señala eso, en efecto, los contratos de Concesión de Obra Pública no señalan que tipo de contratos son, por cuanto de su revisión se puede constatar que no contiene cláusula que expresamente señale esto, por eso debemos hacer un análisis más allá de lo literal.

El autor citado, también menciona que la esencia jurídica del contrato de concesión de obra y de servicios públicos, será siempre la de un contrato administrativo regido por el Derecho Público, con cláusulas exorbitantes; opinión que nos sirve mucho para el análisis; en cuanto al hecho que el contrato es administrativo en tanto está regido por normas de Derecho Público, es una posición importante y que compartimos, por cuanto todo contrato de obra pública está regido por normas que orden público, que regulan la forma de participación del Estado en el Contrato (competencia de las entidades, proceso de selección de los postores, objeto de la concesión, contenido del contrato) y las obligaciones que se crean a partir de la suscripción del contrato. Por otro lado, al ser normas de orden público impiden que las partes del contrato hagan prevalecer sus posiciones particulares y pacten en contrario a lo dispuesto en las normas que regulan el contrato, en otras palabras las instituciones públicas para ser parte de un contrato tienen que tener un marco legal que regule esa participación y es un marco legal de Derecho Público.

Por otro lado, en cuanto a que contenga cláusulas exorbitantes, debemos señalar que nuestro ordenamiento

39 Su TUO de Reglamento es el Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

40 Artículo 2.- La modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión.

Las concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y otros que se requieran para la utilización de recursos naturales, la ejecución de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos se rigen por lo establecido en las leyes sectoriales correspondientes.

41 Sobre este punto quiero precisar que existen proyectos en que el Estado puede ejercer un cofinanciamiento del mismo y otorgar distintos tipo de garantía para que se desarrolle el proyecto. Por ejemplo la Garantía de Red Principal en el caso del Gas de Camisea que la pagamos todos los usuarios del servicio eléctrico.

42 Pablo Federico Florian – Concesión de Obra Pública.

43 En la teoría y como señalamos anteriormente existen varias teorías (valga la redundancia) sobre la diferencia entre contratos administrativos y civil, por ejemplo la subjetiva, la objetiva o de finalidad pública, las cláusulas exorbitantes y de alcance mas allá de las partes, pero que realmente en la practica no existe ninguna diferencia practica.

jurídico y contractual, establece algunas prerrogativas de la Administración que analizaremos conjuntamente con algunos de los contratos suscritos

### 3.3.1 Tipos de Contrato de Concesión de Obra

Si bien el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, no lo establece expresamente, se deduce de él y en la práctica ha sido así. Existen dos contratos de concesión de obra para infraestructura de servicios públicos:

**1.- Para la mejora de obras existentes**, carreteras en el norte Lima-Pativilca-Huaraz, sur Lima-Ica y en Arequipa, Arequipa Matarani, el puerto de Matarani, la líneas férreas del centro y sur, el Aeropuerto Jorge Chávez y las Empresas Municipales de Saneamiento.

**2.- Para la construcción de obras nuevas**, más conocido como contratos BOOT, por su siglas en inglés<sup>44</sup>, bajo este mecanismo se ha construido redes de transmisión eléctricas 220 kV, los ductos de transporte y distribución de gas natural y el sistema de captación de agua del río Chillón<sup>45</sup>.

### 3.3.2 Análisis de casos emblemáticos

#### 3.3.2.1 Contratos de Concesión para Mejora de Obras e Infraestructura existente.

En cuanto a las privatizaciones que se realizaron para mejorar las obras existentes tenemos como casos emblemáticos la concesión del aeropuerto Jorge Chávez y el Puerto de Matarani, por la que iniciaremos este análisis.

#### Aeropuerto Jorge Chávez

Uno de los casos más importantes y a veces cuestionado, es el de la privatización de infraestructura del aeropuerto Jorge Chávez<sup>46</sup>, en esta privatización se utilizó como mecanismo jurídico un contrato de concesión, el mismo que se suscribió el 14 de febrero de 2001, entre el Ministerio de Transporte, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en representación del Estado Peruano y el Consorcio Flughafen Frankfurt/Main Aktiengesellschaft y Benckhof International y Cosapi, el objeto de este contrato es la construcción<sup>47</sup>, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

En este momento nos podemos hacer una pregunta ya recurrente, estamos frente a un contrato administrativo? y de ser así cuales son las implicancias prácticas?. Considero que habría que realizar el mismo análisis que realizamos en el contrato administrativo del servicio

público de electricidad; en ese sentido deberíamos partir en señalar que este contrato está dentro de un marco jurídico compuesto con ciertas prerrogativas administrativas del Estado frente al contrato, por ejemplo está regido por normas de orden público, desde su formación hasta su ejecución. Por otro lado, está sujeta a la supervisión y sanción del Estado a través de la competencia que ejerce OSITRAN, sobre el cumplimiento del contrato.

La pregunta ahora sería este contrato contiene cláusulas exorbitantes?, y otra vez volvemos a lo mismo, necesariamente un contrato para ser administrativo requiere de la existencia de cláusulas exorbitantes y la verdad considero que si no las contiene de forma explícita y concreta, se convierte en un contrato de la administración en el que no hay facultades extraordinarias a favor del Estado sobre todo en la ejecución del contrato.

“En cuanto a las privatizaciones que se realizaron para mejorar las obras existentes tenemos como casos emblemáticos la concesión del aeropuerto Jorge Chávez y el Puerto de Matarani (...)”

Si revisamos el contrato en mención encontraremos en su Cláusula 14, la caducidad del contrato por vencimiento de plazo, asimismo en la Cláusula 15 encontramos la caducidad de la concesión por otras causales, de acuerdo a lo mencionado anteriormente esta no sería una cláusula exorbitante, ya que la caducidad operará por incumplimiento del contrato y en aplicación de un prerrogativa especial del Estado.

Por ultimo, es de destacar lo dispuesto en la Cláusula 15.6 del contrato que dice: *“En cualquier momento y a su discreción el Concedente podrá resolver la Concesión y recuperar el control del Aeropuerto mediante notificación previa y por escrito al Concesionario con por lo menos seis meses de anticipación. En el supuesto en el párrafo anterior, el concedente deberá pagar al concesionario, en un plazo no mayor de un año contado a partir de la en que se concrete la resolución del contrato una cantidad igual al”*. Considero que este tipo de cláusula constituye una cláusula exorbitante a favor

44 Build Operation Own Transfer.

45 En estos momentos se discute mucho la privatización de SEDAPAL y la opinión pública no sabe que dentro de las actividades del negocio de agua potable y saneamiento existen distintas etapas que permiten que el agua llegue a nuestro domicilio, una de ellas es la captación de agua, que a diferencia de la luz o el teléfono se pueden almacenar.

46 No quiero pasar la ocasión de comentar que este proyecto del Aeropuerto, lo he podido seguir como usuario y la verdad es que ahora tenemos un aeropuerto mucho mejor al que teníamos y todo se debe a la inversión privada, ya que dudo que el Estado haya tenido el presupuesto y el financiamiento para hacerlo. Quiero precisar que esto es al margen de los problemas regulatorios que debe existir en este contrato.

47 Considero que en esto existe un error de términos por cuanto el aeropuerto ya existía y solo había que mejorarlo.

del Estado, por cuanto le otorga la prerrogativa de resolver unilateralmente el contrato en cualquier momento, además establece algo que en la doctrina ni se señala, y es la compensación por parte del Estado al momento de resolver unilateralmente el contrato<sup>48</sup>.

### **Puerto de Matarani**

Este puerto del Sur del país se otorgo en concesión el 28 de abril de 1998, mediante la suscripción del Contrato de Concesión para la construcción, conservación y explotación del terminal portuario de Matarani, entre el Ministerio de Transporte, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y Salomón Smith Barney – Interinvest S.A.

En este caso se puede realizar el mismo análisis hecho anteriormente, en el sentido de ser o no un contrato administrativo, llegando a las mismas conclusiones que en el caso anterior, ya que contiene cláusulas exorbitantes en el las que el Estado se reserva determinadas prerrogativas y esa cláusula es la 15.5, sobre Resolución Opcional por Parte del Concedente.

En otros casos que podemos observar sobre carreteras y ferrocarriles, el Estado ha utilizado el mismo mecanismo de privatización, es decir el contrato de concesión que en la forma contienen las mismas cláusulas.

### **3.3.2.2 Contratos de Concesión para crear Obras e Infraestructura.**

#### **Contratos BOOT para la Construcción de Sistemas de Transmisión Eléctrica Mantaro – Socabaya.**

Esta es sin duda una de la obras más importantes realizadas en el sector eléctrico en la última década, por que ha permitido la interconexión de los dos sistemas interconectado de electricidad, uniendo para ello la subestación de Mantaro ubicada en la Central Hidroeléctrica del mismo nombre con la subestación de Socabaya en Arequipa<sup>49</sup>.

El mecanismo utilizado en esta privatización es el contrato de concesión tipo BOOT, para el diseño, suministro de bienes, construcción y explotación del sistema de transmisión Mantaro-Socabaya y la prestación del servicio de transmisión de electricidad, contrato suscrito el mes de enero de 1998, entre el Ministerio de Energía y Minas y el Consorcio integrado por Hydro Quebec y otros.

De la revisión de las cláusulas del contrato, podemos apreciar que no existe cláusula que señale cual es la naturaleza jurídica de este contrato, entonces como en casos anteriores debemos realizar el mismo análisis sobre las prerrogativas administrativas, para determinar si es un contrato administrativo o civil y podemos ob-

servar que este contrato no cuenta con alguna cláusula que faculte al Estado a modificar el contrato de manera unilateral; en cuanto a las formas de terminación del contrato existen cláusulas de resolución (19) y de caducidad del contrato (21); sin embargo, no tiene cláusula que permitan determinar la resolución del contrato de manera unilateral como se pudo observar en el caso de la Concesión para mejorar una obra existente, el motivo principal debe ser que las concesiones citadas son posteriores a las comentadas y el modelo de contrato habría sido perfeccionado. En conclusión, en este contrato no habría ninguna cláusulas exorbitantes que le otorgue al Estado alguna prerrogativa, más allá de las que les concede la Ley como son las formalidades para la formación del contrato, la exigencia de la continuidad del mismo y las sanciones por caso de incumplimiento de las obligaciones que de él se deriven.

Un tema a destacar en este caso es que en la operación que realiza el Consorcio Transmataro está sujeta a esta concesión y a la Concesión de Transmisión Eléctrica otorgada por el Ministerio de Energía para desarrollar las actividades de transmisión. Caso muy similar al comentado anteriormente en el caso de REP. La concesión que acabamos de analizar le da derecho a construir la línea, operarla, disfrutar sus frutos y luego de un plazo transferirlo al Estado que es su legítimo propietario, por otro lado el contrato de concesión que le permite operar sus líneas. Personalmente considero que la existencia de estos dos contratos era innecesaria y en la práctica trae muchos problemas por que existen algunos temas que se sobre ponen.

Este esquema de privatización también ha sido utilizado en el caso del reforzamiento de las redes eléctricas del sur del país y en la Línea Carhuamayo Pucallpa, que interconecta esta ciudad al SEIN.

### **Proyecto Camisea**

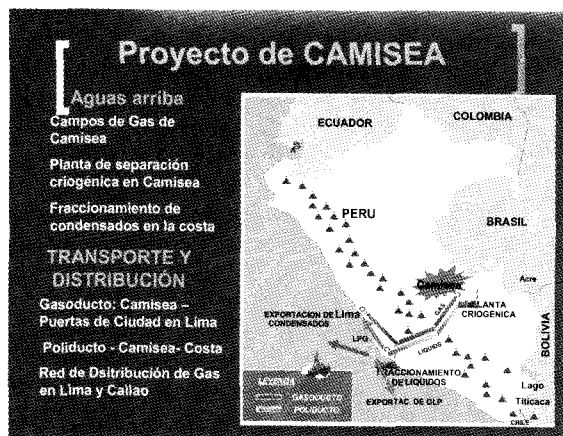
Quién en el Perú no ha escuchado hablar del Proyecto Camisea, muy importante para el desarrollo del país, considero que este proyecto ha sido el logro más importante de los tres últimos gobiernos y demuestra que existen temas en los que se puede trabajar a largo plazo; sin embargo, ingresemos al plano jurídico y empecemos preguntándonos cual es el mecanismo de privatización utilizado en este caso?

Independientemente de toda la historia que pueda rodear a este proyecto, fue entregado a la inversión privada en el mes de diciembre de 2000, antes de explicar los mecanismos de privatización, señalaré que la explotación del gas de camisea tiene las siguientes fases, la explotación del gas, la separación de los líquidos y del gas seco, el transporte de los líquidos, el transporte del gas seco y la distribución del gas seco.

48 En la doctrina por lo general se establece de la resolución unilateral, pero se dice muy poco de la compensación del Estado por este acto, que en la práctica trae muchas consecuencias económicas a los concesionarios.

49 Para efectos prácticos lo que se busca es que el sistema interconectado sea mas confiable y se pueda utilizar todas la fuentes de energía en todo el país interconectado, por ejemplo si en Tacna falta electricidad se puede cubrir con energía de una central que se ubique en Piura.

En Camisea existen dos negocios en uno y realmente ninguno de los expertos que salen en los medios de comunicación se han encargado de explicarlo y a veces parece que lo que tratan de hacer es confundirnos. Debo precisar que solo el transporte y distribución de gas natural es considerado servicio público, mas no el transporte de líquidos de gas natural, trataré de explicarlos mejor.



### Explotación de Gas

De los pozos de gas natural (100%) se extraen el gas natural seco (92.5% Vol - Metano Etano) y los líquidos de gas natural (7.5 % Vol - Propano Butano.- extraemos GLP y gasolinas natural), estos compuestos químicos se separan en la planta criogénica en Camisea y siguen rumbos distintos.

La explotación de ambos componentes esta regida por la Ley Orgánica de Hidrocarburos - Ley 26221, que es una ley mediante la cual se permite la privatización del Recurso Natural Hidrocarburos, en efecto de acuerdo a su artículo 8°: "Los hidrocarburos "in situ" son de propiedad del Estado". Este entrega a PERUPETRO el derecho de propiedad para efecto de que pueda celebrar contratos de exploración y explotación". Por su parte, el artículo 10° dispone que mediante el Contrato de Licencia.- Celebrado entre PERUPETRO y el contratista, el contratista obtiene la autorización de explorar y explotar Hidrocarburos en el área del contrato, en mérito del cual PERUPETRO transfiere el derecho de propiedad al contratista, quien debe pagar una regalía al Estado.

En efecto originariamente la propiedad de los hidrocarburos es del Estado, pero éste mediante un Contrato de Licencia puede entregar la propiedad de estos al CONTRATISTA.

En Camisea esto funciona así, entonces tenemos que la explotación del gas de Camisea se ha privatizado mediante el Contrato de licencia del Lote 88, esta modalidad contractual es novedosa y como dijimos se da a partir de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Este contrato de licencia se aprueba por decreto supremo y se

rigen por las disposiciones del Código Civil<sup>50</sup>, con lo que queda descartado que sea un Contrato Administrativo, ya que si la ejecución del contrato se rige por el Código Civil, es que existe igualdad de las partes en la relación contractual, no habiéndose el Estado ningún tipo de prerrogativa. Está licencia es temporal y tiene un plazo de 40 años. El beneficio para el Estado es directo, por que recibe regalías del combustible líquido e indirecto por que logra que el Perú reduzca considerablemente su balanza comercial de hidrocarburos y que haya combustibles mas barato para la población.

El tratamiento comercial del gas natural seco, es distinto al líquido de gas natural, por eso señalamos que son negocios distintos, en efecto los líquidos de gas natural se comercializan con balones de gas o en grifos de combustibles, sin embargo, el gas natural se comercializa a través de ductos no se puede embasar fácilmente, además que nuestros ciudadanos no están acostumbrados el gas natural, por eso uno de los retos de camisea es crear el mercado de gas natural y construir los ductos para que ese gas llegue a los usuarios. Por otro lado, los precios de ambos combustibles, se fijan de manera distinta, en el caso de los líquidos el precio es libre con referencia al mercado internacional de petróleo, por lo que se dan situaciones tan extrañas que pagamos más por el GLP que se produce en el Perú que el que importamos; en el caso del gas Natural el precio es regulado por OSINERG de acuerdo a lo que señala el contrato de licencia.

### Transporte

El gas que se explota de camisea se saca de ahí para su comercialización a través de dos ductos, el de gas seco y de líquidos de gas, el primero de ellos de 770 Kilómetros que va desde camisea al City Gate en Lurín y el segundo que transporta líquidos de gas natural que va desde Camisea a Pisco y es el que ha tenido las cinco roturas.

En el caso del transporte se ha utilizado como mecanismo de privatización el contrato de concesión de obra e infraestructura tipo BOOT – nombre que ya explicamos. En camisea tenemos dos contratos: BOOT para el transporte, uno para los líquidos y otro para el gas seco, ambos contratos están regidos por lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, y tienen las mismas características de los contratos de concesión BOOT citados anteriormente, cabe señalar que no existe cláusulas que los señale como contrato administrativos ni tiene cláusulas que les permitan al Estado modificar y resolver el contrato en forma unilateral. El precio que se cobra por el transporte de ambos gases es regulado por OSINERG.

### Distribución de Gas Seco

La ultima etapa para el gas seco es la distribución que se realiza a través de ductos, la construcción de estos

50 Artículo 12 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

ductos también se privatizó utilizando como mecanismo el Contrato de Concesión BOOT, el mismo que tiene las mismas características legales de los contratos BOOT para el Transporte, por lo que sólo comentaremos que el precio que se cobra por la distribución de Gas es regulado por OSINERG.

#### 4. Agenda Pendiente

Por motivos de tiempo no he podido abordar otros temas interesantes como por ejemplo la privatización de las empresas municipales de saneamiento, que tiene la particularidad de quien otorga la concesión es la Municipalidad Provincial. Otro tema pendiente es comentar la importancia como complemento de la privatización, de los Convenios de Estabilidad Jurídica y ahondar aún más sobre las consecuencias jurídicas de los contratos de concesión en los usuarios de los servicios públicos, tema que debe revisarse en detalle en beneficio del más débil.

#### 5. Conclusiones

1.- El proceso de privatización de los servicios públicos y de la infraestructura para poder brindar estos servicios, ha sido muy importante para el Estado y para los ciudadanos que se han visto beneficiados en los últimos 13 años, por que ha permitido que estos servicios mejoren considerablemente en beneficios de los usuarios. Sin embargo, sobre este tema no ha existido muchos estudios jurídicos, ya que la mayor parte tiene un tinte económico, político o técnico, motivo por el cual el enfoque de este trabajo apunta a estudiar los mecanismos legales mediante los cuales se ha materializado este proceso.

2.- En materia de privatización podemos concluir que no ha existido un mecanismo único de privatización, ya que se han utilizados varios mecanismos dependiendo mucho del bien, infraestructura o servicios ha privatizar.

3.- En la práctica se han producido dos momentos para la privatización de estos servicios públicos, el primero que va desde al año 1994 hasta la fecha relacionado principalmente con las empresas públicas que brindaban estos servicios públicos y la segunda relacionada con la creación de infraestructura y la mejora de la infraestructura existente.

3.- El primer momento está basado en el Decreto Legislativo N° 674 – Ley de Promoción de la inversión Privada en Empresas Públicas y en normas sectoriales como el Decreto Legislativo N° 712 – Telecomunicaciones y el Decreto Ley N° 25844 – Electricidad. En estos servicios públicos coexisten regímenes de privatización y regímenes sectoriales, que dan lugar a la existencia

de contratos distintos que sirven como modalidad de privatización.

4.- En el sector telecomunicaciones la modalidad de privatización ha sido la compra venta de acciones, complementada de un contrato de concesión para desarrollar el servicio público, este último Contrato Ley, a plazo determinado. En el sector eléctrico la modalidad ha sido la misma; sin embargo, el contrato de concesión varía, ya que es un contrato administrativo a plazo indefinido. En el sector eléctrico existe un caso en particular en que se ha utilizado como modalidad de privatización la concesión sobreponiéndose a la otra concesión para el desarrollo de la actividad de transmisión. Me cuestiono por que la existencia de dos contratos distintos en ambos casos, lo cual trae consecuencia negativas en la practica.

5.- Podemos observar que el contrato de concesión en el sector eléctrico es de acuerdo al mismo contrato, administrativo; sin embargo, en la práctica esta denominación no tiene consecuencias jurídicas claras, ya que no contiene Caluelas exorbitantes que permitan al estado modificar o resolver unilateralmente el contrato.

6.- El segundo momento está regido por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su Reglamento y tiene por objeto privatizar proyectos para la construcción y mejora de Infraestructura de servicios públicos. Podemos comentar los casos del Aeropuerto Jorge Chávez, el Puerto de Matarani, el ferrocarril del Sur, las carreteras de Lima al Norte y Sur, para lo que es mejorar infraestructura existente, y para los casos de nueva infraestructura podemos identificar los casos de los ductos de transporte y distribución de gas de Camisea y la construcción de redes de alta tensión – Mantaro – Socabaya y otras.

7.- En este segundo momento se ha utilizado como mecanismo para la privatización el Contrato de Concesión y de lo que se ha podido investigar, no todos los contrato de concesión contienen las mismas cláusulas, por ejemplo, en casos de obras existentes se han incluido cláusulas exorbitantes que permiten al Estado resolver unilateralmente el contrato con un mecanismo de pago; sin embargo, en el caso de los contratos de concesión para nuevas obras no se ha incluido una cláusula parecida.

8.- Consideramos que todavía existe una agenda pendiente en el caso de la privatización, la misma que apunta a revisar los mecanismos de privatización que utiliza el Estado de tal forma de incluir mayores prerrogativas para el Estado, que al final beneficiarán a los usuarios que están mas protegidos 